

Título

Olhares feministas sobre o Direito e o TEDH: o caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*

Title

Feminist perspectives about the Law and the ECHR: the case *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*

Madalena Duarte¹²

Centro de Estudos Sociais (Portugal)

Resumo (100/150 palavras)

As teorias feministas do direito têm colocado vários desafios ao Direito, perspetivando-o como uma forma de reprodução de desigualdades sexuais e de género. Neste artigo, partindo da reflexão sobre um caso concreto e das respetivas decisões dos tribunais portugueses e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, procuro analisar, num espaço e tempo em que os quadros jurídicos normativos nacionais e internacionais reivindicam ser promotores da igualdade de género, as conquistas que o Direito tem efetivamente possibilitado e com que intensidade. A perspetiva que me move funda-se numa política de reconhecimentos, ou seja, procura reconhecer eixos emancipatórios no Direito, para explorar a possibilidade do seu uso em lutas feministas.

Palavras-Chave

Teorias Feministas do Direito. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Mobilização do Direito. Estereótipos.

¹ (madalena@ces.uc.pt) Madalena Duarte é Doutorada em Sociologia, Investigadora do Centro de Estudos Sociais e Professora Auxiliar da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. É autora, entre outras publicações, de (2019) *Violência nas relações de intimidade, feminismo e direitos das mulheres em Portugal*, in Boaventura de Sousa Santos *et al.* (orgs.), *QUEM PRECISA DOS DIREITOS HUMANOS? Precariedades, Diferenças, Interculturalidades*. Coimbra: Almedina; (com Oliveira, Ana; Fernando, Paula; (2016), "Gender and Judging in Portugal: opinions and perceptions", *Oñati Socio-Legal Series*, Vol.5.

² Este artigo foi realizado no âmbito do projeto *IPHinLAW - Homicídios nas relações de intimidade: desafios ao direito* (projeto nº 30862), com o apoio FEDER - Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional através do COMPETE 2020 - Programa Operacional Competitividade e Internacionalização (POCI) e por fundos nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia (Referência: POCI-01-0145-FEDER-030862 - PTDC/DIR-DCP/30862/2017).

Abstract

Feminist Jurisprudence have challenged the Law in a very relevant way, viewing it as a way of reproducing sexual and gender inequalities. In this paper, starting from the reflection on a specific case and the respective decisions of the portuguese courts and the European Court of Human Rights, I seek to analyse - in a space and time in which the national and international normative legal frameworks claim to be promoters of gender equality - the achievements that Law has effectively made possible and with what intensity. The perspective that moves me is based on a policy of recognition, i.e., it intends to recognise an emancipatory potential in Law, exploring the possibility of its use in feminist struggles.

Key-words

Feminist Jurisprudence. European Court of Human Rights. Legal Mobilization. Stereotypes.

1. Introdução

As reivindicações pela não discriminação e por justiça social têm sido traduzidas em apelos pela redação, implementação e efetivação de textos jurídicos emancipatórios. As expectativas, coletivas e individuais, recaem no Direito, perspetivando-o como uma forma de resistência contra diferentes formas de opressão. Neste artigo, o enfoque é dado ao patriarcado, uma das formas de silenciamento e subalternização mais resistentes e transversais nas diferentes sociedades.

O Direito do Estado Moderno trouxe consigo a expectativa da criação e manutenção de justiça e a impressão de que todos/as os/as cidadãos/ãs têm direitos iguais e o mesmo valor social. Mas quando rasgamos um pouco mais a capa de aparente igualdade promovida pelo liberalismo, somos confrontados/as com múltiplas discriminações e desigualdades. Esta tem sido uma premissa na crítica feminista ao Direito, aqui entendido enquanto o conjunto de leis, normas, instituições e atores judiciais estatais. De facto, as teorias feministas do direito têm apresentado críticas ao Direito que obrigam a uma reflexão profunda sobre os seus fundamentos e modos de atuação. Os argumentos que informam o debate feminista sobre o potencial emancipatório do Direito são tão plurais quanto os próprios feminismos, conferindo uma riqueza única às teorias feministas do direito (que, por essa mesma razão, nomeio no seu plural).

Mas, se num quadro de ceticismo do papel do Direito na luta pela transformação feminista da sociedade, é crucial denunciar as normas e práticas judiciais conservadoras, também é fundamental se dar visibilidade àquelas que se assumem como progressistas. Embora o Direito seja predominantemente patriarcal, tal não deve impedir o feminismo de lhe reconhecer eixos emancipatórios. A perspetiva que me move funda-se, pois, numa política de reconhecimentos, ou seja, na ideia de que uma “ecologia de reconhecimentos” (Santos, 2003b: 743) toma parte na transformação do que existe criando novos espaços de possibilidade.

Esta análise deve ser realizada quer ao nível nacional, quer infra e supranacional, tendo em conta a pluralidade de formas jurídicas e multiplicidade de atores que existem ao nível normativo. É importante perceber se o diálogo entre estas diferentes escalas de produção legislativa e de regulação é ou não harmonioso e qual o seu impacto na vida das mulheres.

Neste artigo destaco os argumentos que entendo mais relevantes para a análise encetada com o caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, procurando analisá-lo criticamente, a partir das teorias feministas do direito, nos seus problemas e nas suas potencialidades para a luta feminista.

2. Olhares feministas sobre e no Direito

No ocidente, a mobilização das feministas pela conquista de direitos emergiu com a primeira vaga do feminismo e o movimento sufragista, continuando nos séculos seguintes com as lutas pela igualdade de oportunidades no emprego, pelas leis reprodutivas, por uma sexualidade livre e pelo fim da violência. As lutas deram-se ao nível da conquista de direitos, mas também, e sobretudo nas décadas mais recentes, pela efetivação dos direitos adquiridos. A arena legal passou a ser um campo de batalha pela justiça de género que o Direito já havia prometido garantir.

A preocupação com o tratamento jurídico e judiciário das mulheres assumiu contornos mais visíveis no meio judiciário e académico no início da década de 1970, nos EUA, com os contributos de um conjunto de académicas em jornais, revistas científicas, revistas jurídicas, colóquios, etc., que demonstraram que a produção masculina do conhecimento – através do Direito, da ciência ou da cultura – criou hierarquias que consignaram as mulheres para a inferioridade e exclusão. A crítica feminista nestas arenas evidenciou a necessidade de contestar estes conhecimentos nos moldes tradicionais (Sunder, 2007).

Era, assim, lançada uma corrente de pensamento sobre o Direito estatal que veio a ser conhecida como *Feminist Jurisprudence* (Teoria Feminista do Direito)³.

As teorias feministas, mais do que procurar desconstruir o Direito, intentaram compreender a construção da sua matriz sustentada pelo (e que sustenta o) *status quo* patriarcal para o conseguirem questionar. É consensual entre as diferentes correntes feministas que o Direito tem historicamente contribuído para a perpetuação, legitimação e/ou reprodução das relações patriarcais. Como refere Carol Smart:

O Direito [...] faz parte da produção de consenso acerca de assuntos como sejam a importância da lei e da ordem, da santidade da propriedade privada e da natureza sagrada da família. [...] O Direito pode então ser entendido como um modo de reprodução da ordem patriarcal [...]. Eu diria que a legislação não cria relações patriarcais, mas que, através de uma maneira complexa e frequentemente contraditória, reproduz as condições materiais e ideológicas sob as quais estas relações podem sobreviver (Smart, 1999: 144, tradução da autora).

Esta reprodução evidencia-se quer na produção legislativa, quer na aplicação das leis. Para algumas autoras, tal acontece porque o Direito não considera os valores, os perigos e as contradições fundamentais que caracterizam as vidas das mulheres (West, 1988). O valor oficial do Direito é a autonomia, atribuída aos homens, e não a intimidade, ligada às mulheres. Consequentemente, verifica-se o empobrecimento das mulheres (as mulheres desempenham funções, como o cuidar de dependentes, quer sejam ou não

³ Vários fatores potenciaram a emergência desta corrente. Alguns/mas autores/as (e.g. Ashe, 1997) defendem que esta foi uma extensão natural e previsível de um processo que já ocorria noutras áreas disciplinares: penetração do movimento feminista na academia. Outras/os autoras/es indicam a entrada massiva das mulheres nas faculdades de direito e, consequentemente, nas profissões jurídicas como o fator determinante na consolidação de uma TFD (Kay e Gorman, 2008; Kohen, 2008). Contudo, a maioria dos autores/as, como Menkel-Meadow, considera que diversas feministas emergiram dos *Critical Legal Studies* (Estudos Críticos do Direito), na década de 1970. Para aprofundar a emergência da teoria feminista do direito, ver Duarte, 2013).

remuneradas, uma vez que são trabalhos não valorizados pelo mercado de trabalho e pelo capital liberal) e desvalorização da violência sofrida (por exemplo, a violação teve de ser considerada um crime, mas um crime reconhecido pelos homens como a violação da honra da família, por isso há obstáculos em reconhecer a violação no casamento ou namoro).

Mas, noutra perspetiva, não se trata de achar que o Direito ignora as mulheres, mas sim que este é reflexo do entendimento que os homens fazem das mulheres (Finley, 1989). Isso é visível, por exemplo, na lei da violação que contém a definição masculina de sexo; na lei do trabalho que usa um significado genderizado de trabalho; e na lei das indemnizações que define os danos e as compensações nos termos masculinos. Esta perspetiva dá uma particular atenção à implementação da lei e ao modo como os preconceitos de género interferem nesse processo. Como explica Kingdom (1991), é incorreta a presunção de que há uma separação entre a esfera legal e a esfera não-legal. A esfera legal inclui a lei, as práticas judiciais, os processos da educação e a profissionalização legal, e as ideologias concomitantes e incorporadas em tais leis, práticas e processos. Em contraste com esta esfera legal há a esfera não-legal: psicológica, biológica ou económica. As várias esferas não-legais contêm os desejos e motivos humanos, a fisiologia humana, os interesses económicos, as instituições políticas etc. O que é particular no uso desta distinção é que o preconceito sexista no Direito é conceptualizado pela emergência, na arena legal, de elementos derivados de uma ou mais esferas não-legais. Estes elementos, que em regra intervêm na esfera legal de um modo indesejável para as mulheres, estão frequentemente presentes, de modo mais ou menos subtil, nas decisões judiciais, em particular em casos de violação e de violência doméstica (Duarte, 2013; Ventura, 2018). Como consequência, para várias autoras, um Direito que não domina a vida social é tão difícil de perspetivar quanto uma sociedade na qual os homens não dominam as mulheres (MacKinnon, 1989: 249).

Neste cenário, uma das tensões mais significativas no âmbito das teorias feministas do direito refere-se “ao dilema da diferença”, isto é, as mulheres são ou não iguais aos homens perante a lei? E, mais premente, devem ou não ser vistas como iguais? No dia-a-dia dos tribunais, tendo magistrados/as e advogadas/os que determinar se as diferenças interessam ou não para o caso específico, devem estes optar pela neutralidade, o que significa ou manter o *status quo*, ou integrar a diferença? Devem abrir espaço na lei para acomodar legalmente essas diferenças ou, pelo contrário, definir regras formais que constriam essa acomodação (Minow, 1987)? As principais correntes feministas ocidentais têm dado diferentes contributos para o pensamento sobre a igualdade, tendo este, inevitavelmente, impacto na abordagem ao Direito em geral e na constituição do sujeito mulher na arena legal em particular (Cain, 1990). Se as feministas marxistas foram das primeiras a conferir visibilidade a esta tensão ao alertar para a necessidade de criar uma distinção de género no campo laboral no sujeito legal “trabalhador” (Taylor, 2011), o debate referente à igualdade entre homens e mulheres no Direito acabou por ser mais expressivo entre as feministas liberais e as feministas radicais. As feministas liberais, reivindicando a igualdade entre homens e mulheres em diferentes campos, exigiram transformações no Direito de modo a que fornecesse soluções idênticas para problemas jurídicos semelhantes (Bartlett, 1994). Ou seja, de acordo com esta estratégia, a igualdade para as mulheres poderia ser alcançada através da eliminação das diferenças de género na lei. Esta tendência, que ficou conhecida como “Igualdade Formal”, encontrou fortes resistências quando confrontada com regras e práticas que distinguem homens e mulheres

com base em características únicas de cada sexo, especialmente no caso da gravidez e do parto.

Começa, pois, a desenvolver-se uma tendência mais próxima de uma igualdade substantiva do que formal. Enquanto a abordagem da igualdade formal exige um mesmo tratamento para mulheres e homens nas mesmas condições, sem barreiras especiais ou benefícios devido ao seu sexo, uma abordagem da igualdade substantiva ressalta que a igualdade formal conduz a resultados desiguais porque há efetivamente diferenças entre homens e mulheres e, conseqüentemente, algumas regras especiais são necessárias. Os direitos consagrados pela democracia liberal, ligados a uma cidadania reguladora, pressupõem a igualdade formal de todos/as perante a lei, implicando isto que se desvanecem as diferenças inerentes à subjetividade, às histórias pessoais, à sexualidade, etc. Contudo, ao fazê-lo “transforma os sujeitos em unidades iguais e intercambiáveis no interior de administrações burocráticas públicas e privadas, recetáculos passivos de estratégias de produção, enquanto força de trabalho, de estratégias de consumo, enquanto consumidores, e de estratégias de dominação, enquanto cidadãos da democracia de massas” (Santos, 1994: 207). Na verdade, e embora a perspectiva da igualdade substantiva tenha também problemas, é fundamental ter em conta que a lei não é neutra no que diz respeito à divisão de género, apenas criou o mito da pessoa jurídica:

(...) A base da neutralidade é a penetrante presunção que as condições que pertencem aos homens em termos de género, são as mesmas que se aplicam às mulheres – isto é, a assunção que a desigualdade de género não existe realmente na sociedade (MacKinnon, 1989: 163, tradução da autora).

A pessoa jurídica, embora se assuma neutro, é formado no reflexo dos dispositivos sociais e produz normatividades sociojurídicas de género ou, se quisermos, do “sujeito homem” e do “sujeito mulher”:

a lei não define o que é um homem nem o que é uma mulher, em nenhum sítio. Pressupõe a existência de homens e de mulheres, pressupõe um certo tipo de relacionamento dito normal ou natural, normativamente «desejável» entre estas entidades, mas em nenhum sítio diz propriamente o que é que é um homem ou o que é que é uma mulher. Mas a lei pressupõe claramente que as pessoas ou são homem ou são mulher [...] (Beleza, 2001: 64).

Assim, se a luta pela igualdade formal no Direito foi fundamental para que os direitos e privilégios não fossem atribuídos sobretudo a homens, pais e maridos, legitimando-se a discriminação, por outro, é crucial reconhecer que o Direito pode continuar a ser opressivo para as mulheres, através de mecanismos mais subtis e menos declarados sob a capa de uma aparente neutralidade.

O desalento expresso nestas críticas é incontestável. Não obstante, se esta resignação por parte das teorias feministas do direito é compreensível e ancorada num olhar atento da realidade empírica, percebemos, igualmente, que várias feministas procuram, ainda assim, construir uma prática feminista positiva em relação ao Direito, sem ilusões românticas do papel daquele na sociedade.

3. Perspetivas feministas sobre o caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*

Em 2014, o Supremo Tribunal Administrativo (STA), lavrou um acórdão⁴ em que reduziu o valor da indemnização atribuída a uma mulher vítima de dano sexual por negligência médica. Em 1995, a Autora foi submetida a uma intervenção cirúrgica na Maternidade Alfredo da Costa na sequência de uma patologia do foro ginecológico. Dessa cirurgia resultou uma lesão parcial do nervo pudendo, o que lhe provocou dores, incontinência urinária e fecal, dificuldades em ter relações sexuais e um quadro depressivo grave. À data da cirurgia, A. tinha 50 anos de idade e ficou com uma incapacidade global permanente de 73%. Em sede de Primeira Instância, o arguido foi condenado criminalmente por se entender provada uma “actuação violadora das *leges artis*, que lhe impunham o cuidado de não lesar o nervo pudendo da Autora” e, quanto à responsabilidade civil, ao pagamento de uma indemnização no valor de 172 mil euros. O lesante interpôs recurso, contestando em particular a verificação dos pressupostos da responsabilidade e o valor da indemnização atribuído à lesada. A decisão do tribunal de recurso - Supremo Tribunal Administrativo - deu provimento ao recurso no que diz respeito a este último aspeto, sublinhando o problema ginecológico de que a vítima padecia antes da cirurgia (e que esteve na sua origem), acrescentando: “importa não esquecer que a Autora na data da operação já tinha 50 anos e dois filhos, isto é, uma idade em que a sexualidade não tem a importância que assume em idades mais jovens, importância essa que vai diminuindo à medida que a idade avança”. O STA conclui pela redução do valor indemnizatório:

Deste modo, e considerando todas aquelas vertentes, julgamos que a indemnização atribuída pelo Tribunal recorrido excedeu o razoável pelo que, corrigindo essa fixação, atribuímos à Autora uma indemnização de 50.000 euros.

Acresce que ao debruçar-se sobre a fixação do montante indemnizatório para ressarcimento dos danos patrimoniais relativos às despesas tidas com uma empregada doméstica para a auxiliar no seu quotidiano, o Tribunal fundamentou a redução do montante daquela parcela da indemnização (de 16.000 para 6.000 euros), entre outros aspetos, no facto de “atenta as idades dos seus filhos, a mesma apenas teria de cuidar do seu marido”.

Estes argumentos causaram indignação junto da opinião pública, levando a que algumas organizações, como a Associação Sindical de Mulheres Juristas, emitissem comunicados mostrando a sua indignação e perplexidade. No seu comunicado podemos ler:

Na verdade, não apenas a experiência comum da vida indica de modo óbvio que nenhuma daquelas circunstâncias - a idade e a maternidade - obsta ao exercício daquele direito [direito a uma vida sexual ativa], mas antes, pelo contrário, potenciam o seu pleno desfrute. Sendo certo que a prática sexual se não esgota ou se reconduz de modo exclusivo à procriação. [...] Acresce, ainda, que o direito a uma vida sexual activa se insere na esfera dos direitos sexuais e reprodutivos, que são direitos fundamentais pessoais, protegidos e tutelados pela Constituição da República, nomeadamente no seu artigo 26º nº1, e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁵.

4

Acórdão

disponível

em:

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/683aef3e81f7522480257d70004aee6f?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1.

⁵ <http://www.apmj.pt/images/noticias/STA.pdf>

Esgotadas as instâncias de recurso, a Autora recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH)⁶ que, em 2017, condenou o Estado Português ao pagamento de 3.250 euros à vítima por danos não patrimoniais, por violar os artigos 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14.º (proibição da discriminação) da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e de 2.460 euros devidos a despesas com o processo. O TEDH considerou, assim, que a decisão do STA estava informada por preconceitos de género e de idade.

Uma análise feminista deste caso é relevante a vários níveis e permite-nos recuperar algumas das premissas discutidas no ponto anterior. Em primeiro lugar, a sentença do STA evidencia que há, efetivamente, uma contaminação entre as leis e as opiniões, valores, estereótipos que existem na sociedade e que são incorporadas pelos/as magistrados/as. A associação da sexualidade da mulher à procriação, longe de ser exclusiva desta sentença, é um reflexo claro de estereótipos de género.

Estes estereótipos são reforçados ao se interseccionar género e idade. Como vimos, no acórdão também a idade da vítima aquando da lesão (50 anos) é invocada como justificação para a desvalorização da sexualidade e conseqüente redução do valor indemnizatório. Sugere-se que o envelhecimento é um processo que conduz necessariamente a uma des-erotização do corpo e a uma des-sexualização que, como refere Lynne Segal (2013), embora afete todos independentemente do género, incide acutilantemente sobre as mulheres, sobre a sua idade e capacidade reprodutiva, e está relacionado com um entendimento hegemónico de beleza, corpos atraentes, em suma, com os critérios socialmente disseminados de feminilidade. Esta genderização da idade e da sexualidade é notória quando comparamos este acórdão com um anterior do Supremo Tribunal de Justiça, no qual um homem de 59 anos ficou impotente sexualmente e incontinente na sequência de negligência médica⁷. A este foi atribuída uma indemnização por danos não patrimoniais no valor de 224 459,05 euros (valor superior ao atribuído no caso em análise, mesmo em sede de Primeira Instância). O corpo é, como Foucault (1994) sugere, um local onde se encontram discursos médicos, jurídicos, biológicos, epidemiológicos, criminológicos, etc., e isto acontece sobretudo relativamente ao corpo da mulher, que assim conhece uma maior regulação social através deste diálogo interdisciplinar. O Direito tem permitido o uso dos corpos das mulheres como ponto de entrada para normas e valores sociais (Smart, 1989: 113).

Mas a interpretação conservadora e patriarcal deste coletivo de juízes não se confina às apreciações sobre a sexualidade da mulher. Também os deveres conjugais são analisados a partir de uma leitura desigual das atribuições e tarefas domésticas entre os homens e as mulheres. Como vimos, o acórdão sugere que é à mulher que cabe cuidar dos filhos e do marido e que, se este cuidado finda, há também uma redução da utilidade social desta mulher que era empregada doméstica (ideia expressa na conseqüente redução do montante indemnizatório).

Finalmente, este acórdão é ainda relevante pela visibilidade que confere a uma área do direito menos sujeita ao escrutínio feminista: a justiça restaurativa e/ou reparadora. A reparação dos danos sofridos, mesmo em casos de violência física ou sexual, tem sido negligenciada, sobretudo “quando comparado tanto com outras formas de produção de

⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-175659%22%7D>

⁷

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/46ae68362fd8d6148025740200424479?OpenDocument&Highlight=0,1998,pr%C3%B3stata>

prejuízo, como com o estatuto de outros bens jurídicos lesados, que, pelo seu valor acrescido na hegemonia política e simbólica das sociedades contemporâneas, têm merecido soluções indemnizatórias mais robustas à luz de argumentos menos convincentes” (Ribeiro, 2012). Algumas autoras feministas defendem que, tal como o trabalho das mulheres não é reconhecido ou compensado pela cultura de mercado, os danos das mulheres são frequentemente não reconhecidos ou compensados como injúrias, na cultura legal, havendo quase como uma destituição do sofrimento da mulher da arena legal (Fineman e Thomadsen, 1991).

A decisão do STA vai, portanto, ao encontro da perspectiva feminista mais pessimista sobre o Direito; no entanto, não podemos deixar de vislumbrar na decisão do TEDH eixos emancipatórios que não devem ser negligenciados.

3.1. A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

A crítica feminista tem-se centrado sobretudo no Direito produzido ao nível dos Estados-nação. Contudo, vivemos, como afirma Boaventura de Sousa Santos num mundo de hibridações jurídicas (2003a: 49), convivendo o direito nacional estatal com formas de direito locais e supranacionais. Santos designa esta fenomenologia jurídica de “interlegalidade”. A interlegalidade tem vindo a interrogar a centralidade do Direito estatal e a sua exigência de exclusividade no ordenamento normativo da vida social, pois demonstra que há uma multiplicidade de atores, arenas, métodos e formas de produção de direito que não o estatal. Para os propósitos deste artigo irei concentrar-me no nível supranacional, que apesar de ter uma menor atenção por parte das teorias feministas do direito, é muito relevante. Desde logo porque, como demonstra Charlesworth (1991), uma leitura mais atenta do direito internacional mostra que este é androcentrico, estando as mulheres ausentes dos Estados e organizações internacionais, sobretudo em posições de poder e liderança. Depois, porque considera que pressuposições como a alegada neutralidade e objetividade em termos de género também existem ao nível do direito supra estatal. É necessário questionar esta neutralidade, universalidade e invisibilidade das mulheres e das suas experiências na discussão das leis a diferentes escalas (Kapur, 2006). Finalmente, é crucial perceber os diálogos e as tensões que surgem entre as leis e os tribunais nacionais e o direito internacional, os direitos humanos, e as instâncias que visam a sua regulação.

Em 2017, o TEDH decidiu a favor da Autora, considerando que o género e a idade foram determinantes na decisão do STA e que, por isso, houve uma violação dos artigos 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar) e 14.º (Proibição de discriminação). Para esta decisão contribuiu uma leitura atenta de relatórios⁸ que alertam para a existência de um problema de discriminação com base no género em diversas instituições públicas portuguesas e nas instituições judiciais, bem como de sentenças em casos semelhantes em que a vítima era do sexo masculino (ver nota 5). Ao analisar estes casos, o TEDH considerou que houve um entendimento pelos tribunais nacionais que o facto de os homens não poderem mais ter relações sexuais normais afeta significativamente a sua autoestima e que a idade destes (mais velhos do que a Autora do caso em análise) não é relevante. Em conclusão, o TEDH entendeu que houve uma assunção, por parte do STA,

⁸ Entre esses, o relatório, no qual participei, Gomes, Conceição; Fernando, Paula; Duarte, Madalena; Ribeiro, Tiago; Oliveira, Ana (2016), *Violência Doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*. Lisboa: Coleção Estudos de Género, CIG.

de que a sexualidade não é tão relevante para uma mulher de 50 anos e mãe de dois filhos quanto para alguém mais jovem:

That assumption reflects a traditional idea of female sexuality as being essentially linked to child-bearing purposes and thus ignores its physical and psychological relevance for the self-fulfilment of women as people⁹.

Esta decisão é digna de nota por várias razões. Desde logo, por reforçar a condenação da discriminação em função de género, tendência já reconhecida em decisões anteriores¹⁰, e por contribuir para uma interpretação coerente e correta de diferentes instrumentos do direito internacional, ao referir-se ao Artigo 5.º da CEDAW e ao Artigo 12.º da Convenção de Istambul. Neste caso particular, condenou em particular o uso de estereótipos sobre a sexualidade feminina no raciocínio judicial. Um entendimento conservador da sexualidade feminina tende, como vários estudos demonstram (e.g. Duarte 2012, 2013, 2019) a ser transversais a várias áreas do Direito, prejudicando vítimas de violência doméstica, violação, entre outros crimes graves. E o modo como o faz pode ser mais declarado ou, como é mais comum, de forma subtil e de mais difícil perceção. Carol Smart usa o conceito de *refraction* precisamente para indicar que o Direito entrou em aspetos mínimos da vida do corpo e que possui o potencial de regular as atividades das mulheres sob a aparência de mais liberal e benevolente (Smart, 1989: 97). Aspetos relativos à conduta sexual da mulher persistem em várias decisões judiciais sobre violação, investigação de paternidade ou mesmo aborto e são frequentemente determinantes, não obstante as leis em vigor.

A juíza Yudkivska alerta para esse perigo na sua declaração concordante:

The rejection of women’s sexuality can take very subtle forms, as in the present case, but in the extreme it may transform into the most inhuman forms, such as a failure to condemn a rape or performing FGM. Prejudice, passed down through millennia, is a heavy burden that threatens both the present and the future. It must therefore be prevented in the strongest possible manner.

Com efeito esta decisão do TEDH é um importante contributo na discussão sobre o papel dos tribunais no combate estrutural aos estereótipos e discriminação. Crescentemente o TEDH tem sido confrontado com uma (legítima) exigência: que tenha um papel efetivo na transformação social e que contribua para o combate aos estereótipos de várias ordens que estão na origem de múltiplas discriminações e da marginalização de vários grupos minoritários (Timmer, 2011). A este respeito é muito interessante a declaração concordante de voto da juíza Iulia Motoc ao afirmar que “What is wrongful has to be diagnosed as a “social harm”; otherwise it will not be possible to determine its treatment and bring about its elimination”. A juíza defende que este processo pressupõe duas fases: a primeira passa por identificar os estereótipos e a segunda por contestá-los. De facto, o processo de nomeação é crucial para a obtenção de justiça num processo legal: é necessário haver a perceção da ofensa, neste caso relacionada com estereótipos (*naming*), a atribuição da culpa por essa situação injuriosa a um determinado indivíduo ou entidade (*blaming*) e a reivindicação de reparação pela injúria sofrida (*claiming*) (Felsteiner *et al.*, 1980-81). Ao identificar e nomear os estereótipos de género e idade presentes na decisão do STA, o TEDH contribuiu não apenas para a justiça naquele caso concreto, mas também

⁹ Porque entendi que, para a análise encetada neste artigo, é fundamental usar os conceitos exatos usados pelo coletivo de juizes é fundamental, optei por não traduzir o acórdão para português.

¹⁰ Como, por exemplo, no caso *Konstantin Markin v. Rússia*, no qual o Tribunal condenou o uso de estereótipos de género na prestação de cuidados primários.

para a consciencialização de que o meio judiciário não é imune à contaminação por valores, ideias, ideais e preconceitos oriundos da esfera social. A segunda fase, a da contestação, não tem sido linear na prática do TEDH, como a própria juíza refere, sendo relevante o facto deste coletivo de juizes ter entendido (com a exceção de dois juizes) que não é necessário para casos em que estereótipos estejam envolvidos, um teste de comparação, isto é, avaliar qual o tratamento legal por parte de outros grupos em casos idênticos:

The second phase involves contesting the stereotypes once it has been established that they are harmful. The Court has developed different approaches to this issue. *What is methodologically important in the contesting phase is that we are not using a comparator as in other discrimination cases. The test of comparability is not suited to cases of stereotyping.* Stereotypes affect the autonomy of groups and individuals. For the disadvantage test it is enough to prove that the stereotypes are harmful to the group to which the applicant belongs and that the rule or practice applied by the State is based on such stereotypes.

Cook e Cusack (2010) acrescentam a estas fases a da reparação, que é muito relevante para o caso em apreço. Efetivamente, não basta identificar e combater os estereótipos, é necessário que as vítimas possam ser restituídas pelos danos e sofrimento causados.

Esta decisão consubstancia a primeira vez que o TEDH entendeu que a linguagem usada pelo tribunal nacional foi discriminatória (Council of Europe, 2018: 98). As feministas têm apelado ao cuidado a ter-se com os conceitos e com a linguagem usada nos textos legais que procuram mascarar a objetividade invocada pelo Direito e conferir-lhe um carácter neutral. Através dos principais agentes de socialização – como a família, a escola e instituições políticas e/ou religiosas – e de vários instrumentos como a linguagem, os símbolos ou as narrativas, as formas de pensar e viver o “feminino” e o “masculino” são veiculadas e entram nos mapas cognitivos sociais de um modo hierarquizado. Deste modo, parte do trabalho das teorias feministas do direito passa também por demonstrar o real significado de conceitos inscritos na lei, seja “pessoa”, “mulher” ou “homem”, seja outros indiretamente relacionados como direito, dever, dano, injúria, crime, violência, entre outros, e o modo como estes são genderizados (Duarte, 2013).

Neste sentido, a decisão do TEDH contribui igualmente para a discussão sobre a igualdade formal e a igualdade substancial. Como referem alguns autores, o Tribunal tornou-se lentamente consciente de que disposições normativas formuladas de maneira neutra podem ter um efeito desproporcional sobre os grupos sociais vulneráveis e, consequentemente, tem-se aproximado mais da igualdade substantiva (Timmer, 2011). O entendimento supostamente neutro que é feito no acórdão do STA sobre sexualidade tem consequências gravosas no cálculo do montante indemnizatório concedido à vítima do sexo feminina. Devemos, pois, ter em consideração, portanto, que um regime de igualdade de oportunidades e expectativas não se constrói sem um pensamento social atento às diferenças e à necessidade de tratamentos diferenciados numa lógica proactiva.

Por fim, esta decisão evidencia o modo como outras variáveis, neste caso a idade, se interseccionam¹¹ com o género na esfera legal de forma prejudicial para as mulheres. As

¹¹ Partindo da teoria de “interseccionalidade” de Crenshaw (1991), é necessário ter em consideração que as mulheres experienciam simultaneamente diferentes formas de opressão e controlo social uma vez que estão

teorias feministas do direito têm demonstrado que o Direito foca-se em categorias legais dicotómicas e redutoras (como o é desde logo o género). Isto implica uma significativa desatenção com discriminações ou violências com base em duas ou mais formas de opressão (e.g. de classe, étnica, etc.) (Bartlett e Kennedy, 1991: 3) e uma incapacidade aparente dos tribunais para lidar com casos em que duas formas diferentes de discriminação estejam presentes (Josephson, 2002). Embora não seja clara quanto ao modo como formas interseccionais de discriminação contribuem para processos cumulativos de exclusão e injustiça, a decisão do TEDH abre caminho para que os tribunais nacionais procedam a esse entendimento¹².

4. Considerações finais

As teorias feministas do direito têm dado contributos muito relevantes para pensar o lugar do Direito na luta contra a discriminação e para a sua desconstrução. Noutros lugares (e.g. Duarte 2012) tenho defendido que este papel está longe de ser linear. De facto, numa perspetiva histórica, constata-se que são inegáveis conquistas na arena jurídica de extrema importância para as mulheres. Contudo, a mesma contextualização demonstra que se em alguns casos as leis tiveram tradução direta nas vidas das mulheres, outras houve em que o direito contribuiu para a sua opressão. Mais, houve casos em que, mesmo perante leis progressista, se deu um retrocesso, ficando estas capturadas por práticas judiciais conservadoras e machistas (Duarte, 2013). Neste cenário defendo que uma análise feminista do direito deve ser informada por uma sociologia das ausências e por uma sociologia das emergências. A sociologia das ausências mostra-nos que “o que não existe é, na verdade, activamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe” (Santos, 2003b: 743). Decisões judiciais como a do Supremo Tribunal Administrativo aqui analisada, entre tantas outras que persistem em reproduzir estereótipos sobre mulheres e a disseminar ideias preconcebidas sobre feminilidade e masculinidade, sugerem que no Direito só podemos vislumbrar impossibilidades para a transformação social. Contudo, defendo que devemos ter igualmente em conta as emergências, os vislumbres emancipatórios e progressistas que nos vão surgindo do mundo do Direito, como a decisão do TEDH aqui analisada, para criar novos espaços de possibilidade. Ou seja, ao reconhecer eixos emancipatórios no Direito, a sociologia das ausências explora aqui a possibilidade do seu uso em lutas feministas. Portanto, num quadro de ceticismo do papel do Direito na luta pela transformação feminista da sociedade, torna-se crucial dar visibilidade a ausências transformando-as em presenças, por exemplo, através da análise crítica dos textos e práticas legais. O caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* mostra esse potencial. Quer a condenação do Estado Português, quer a discussão sobre o papel dos tribunais e do Direito no combate aos estereótipos tem impacto quer internamente, para a esfera legal, quer para o movimento feminista. Desde logo, esta decisão é importante pela análise sobre as potencialidades do Direito Internacional, aqui entendido como o conjunto de leis e organizações de regulação supranacionais, mostrando as potencialidades do recurso às zonas de contacto que a interlegalidade permite. Depois, mostra que o TEDH pode efetivamente ter um papel mais interventivo no combate estrutural aos estereótipos, não só não (re)produzindo nas suas

imersas em contextos sociais onde se cruzam diferentes sistemas de poder (como o género, a raça, a etnia, a classe social, a religião e a orientação sexual).

¹² Note-se, no entanto, que a decisão do TEDH não foi tomada por unanimidade e que dois dos sete juizes, defenderam que o teor das sentenças proferidas pela justiça portuguesa permite, quando muito, concluir que a vítima foi discriminada por causa da sua idade e não por ser mulher.

decisões estereótipos, como devendo nomeá-los e condená-los sempre que estes surjam em decisões de tribunais nacionais (Timmer, 2011). Ao fazê-lo, e sobretudo nos sistemas com tradição do caso julgado como precedente, as suas decisões podem informar sentenças futuras. É certo que na análise do caso julgado, o método jurídico pode ser imprevisível e alguns casos são entendidos como “boas decisões” e outros não são de todo considerados. Ainda assim, a condenação do Estado português pelo TEDH nesta matéria transmite uma mensagem ao meio judiciário que não deve ser descurada.

Mas é fundamental atender igualmente às funções simbólicas dos tribunais, ou seja, aos efeitos indiretos - “centrífgos” e “radiantes” – do recurso ao tribunal (Galanter, 1983). Se uma decisão judicial conservadora tem o efeito de contribuir para a legitimação de práticas discriminatórias na sociedade e para a reprodução de um *status quo* patriarcal, uma decisão progressista pode ser usada pelo movimento feminista para combater esse mesmo *status quo*. A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos pode e deve, pelo seu conteúdo e pela discussão que estabelece sobre o papel dos tribunais no reforço ou combate de estereótipos, como um recurso estratégico na luta global do movimento feminista: disseminando-o pelos meios de comunicação social, usando-o, por exemplo, para a reivindicação de práticas judiciais mais justas, para dissuadir formas de discriminação semelhantes. As funções do Direito extravasam a resolução concreta de conflitos, devendo este ser entendido como uma conceção de poder, isto é, como um conjunto de recursos e meios cujo controlo e mobilização geram e exacerbam conflitos mais do que os resolvem (Turk, 1976). Ainda que apenas uma sentença não consiga, pois, por si só, levar a conquistas significativas na luta global do movimento feminista, é necessário não esquecer que esta é apenas um meio numa luta mais ampla que é política.

Para otimizar as potencialidades do direito, é fundamental analisá-lo a partir de uma perspetiva de interlegalidade e nas suas zonas de contacto, não apenas no direito escrito, mas também nas instituições encarregues de o aplicar. As zonas de contacto são “campos sociais em que diferentes mundos da vida normativos se encontram e defrontam” e que podem fazer com que o combate jurídico travado, graças a esta interlegalidade, seja uma luta pluralista pela igualdade transcultural ou intercultural das diferenças (Santos, 2003a: 43-45) e que, como demonstra o caso analisado neste artigo, com resultados mais consonantes com as expectativas feministas. Não se trata, no entanto, de adotar uma postura romantizada das ordens normativas supranacionais. Cabe às teorias feministas do direito desenvolverem uma perspetiva de crítica e desconstrução, mas igualmente de transformação. Exercer uma vigilância crítica sobre o cumprimento dos requisitos para se obter uma justiça mais concordante com as suas reivindicações e com a transformação social.

Referências Bibliográficas

Ashe, Marie, “Bad Mothers and Welfare Reform in Massachusetts: The Case of Clarabel Ventura” [in Martha A. Fineman, Martha T. McCluskey (eds.), *Feminism, Media and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 1997], pp. 203-216.

Bartlett, Katharine, “Gender Law”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1, 1, 1994, pp. 1-20.

Bartlett, Katharine and Kennedy, Rosanne, *Feminist Legal Theory. Readings in Gender and Law*, Boulder, CO, Westview Press, 1991.

Beleza, Teresa Pizarro, “‘Clitemnestra Por Uma Noite’: A Condição Jurídica das Mulheres Portuguesas no Séc. XX”, *Panorama da Cultura Portuguesa no Séc. XX*, <http://pt.scribd.com/doc/38948894/Clitemnestra-Por-Uma-Noite-Teresa-Beleza>. 1991.

Cain, Patricia, “The Future of Feminist Legal Theory” [in Nancy Dowd and Michelle S. Jacobs (eds.), *Feminist Legal Theory. An anti-essentialist reader*, New York, New York University Press, 2013], pp. 14-19.

Cook Rebecca J. and Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.

Council of Europe, Overview of The Case-Law ff The European Court of Human Rights-2017, The Netherlands, WOLF LEGAL PUBLISHERS, 2018. file:///C:/Users/Madalena%20Duarte/Desktop/Short_Survey_2017_ENG.pdf.

Crenshaw, Kimberlé W., “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, 43, 6, 1991, pp. 1241–1299.

Duarte, Madalena, "O lugar do direito nas políticas contra a violência doméstica", *Revista Ex aequo*, 25, 2012, pp. 59-74.

Duarte, Madalena, *Para um Direito sem margens: representações sobre o Direito e a violência contra as mulheres*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2013.

Duarte, Madalena, "Violência nas relações de intimidade, feminismos e direitos das mulheres em Portugal", [in Boaventura de Sousa Santos, Cecília MacDowell Santos, Bruno Sena Martins (orgs.), *Quem Precisa Dos Direitos Humanos? Precariedades, Diferenças, Interculturalidades*, Coimbra, Almedina, 2019].

Felsteiner, William L.F.; Sarat, Austin; Abel, Richard L. “The emergence and transforming of disputes: naming, blaming, claiming...”, *Law & Society Review*, 3/4, 1980-81, pp. 631-654.

Fineman, Martha Albertson; Thomadsen, Nancy Sweet (orgs.), *At the Boundaries of Law. Feminism and Legal Theory*, New York, Routledge, 1991.

Finley, Lucinda, “Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning”, *Notre Dame Law Review*, 64, 1989.

Foucault, Michel, *História da sexualidade I. A vontade de saber*, Lisboa, Relógio d'Água 1994.

Gomes, Conceição; Fernando, Paula; Duarte, Madalena; Ribeiro, Tiago; Oliveira, Ana, *Violência Doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*, Lisboa, Coleção Estudos de Género, CIG, 2016.

Josephson, Jyl, “The intersectionality of domestic violence and welfare in the lives of poor women”, *Journal of Poverty*, 6, 2002, pp. 1-20

Kapur, Ratna, "Revisioning the role of law in women's human rights struggles" [in Saladin Meckled-García and Basak Çah (eds.), *The legalization of human rights: multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, London, Routledge, 2006], pp. 93-107.

Kay, Fiona; Gorman, Elizabeth, "Women in the Legal Profession", *The Annual Review of Law and Social Science*, 4, 2008, pp. 299-332.

Kingdom, Elizabeth F., *What's Wrong with Rights?* Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991.

Mackinnon, Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

Menkel-Meadow, Carrie; Diamond, Shari Seidman, "The Content, Method, and Epistemology of Gender in Sociological Studies", *Law and Society Review*, 25(2), 1991, pp. 221-38.

Minow, Martha, "Foreword: Justice Engendered", [in Madhavi Sunder, (org.), *Gender and Feminist Theory in Law and Society*, Hampshire, Ashgate, 1987], pp. 35-120.

Ribeiro, Tiago, "Violência doméstica, dinheiro e moral: a indemnização das vítimas", *Barómetro Social*, 2012. <http://barometro.com.pt/archives/809>.

Santos, Boaventura de Sousa, *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto, Afrontamento, 1994.

Santos, Boaventura de Sousa, "Poderá o Direito ser emancipatório?", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, 2003a, pp. 3-76.

Santos, Boaventura de Sousa, "Para uma Sociologia das Ausências e uma Sociologia das Emergências" [in Boaventura de Sousa Santos (ed.) *Conhecimento Prudente para uma Vida Decente – 'Um discurso sobre as Ciências' revisitado*, Porto, Edições Afrontamento, 2003b], pp 735-770.

Segal, Lynne, *Out of time: The pleasures and the perils of ageing*, New York, Verso, 2013.

Smart, Carol, *Law, Crime and Sexuality*, California, Sage, 1999.

Sunder, Madhavi (org.), *Gender and Feminist Theory in Law and Society*, Hampshire, Ashgate, 2007.

Taylor, Yvete, "Sexuality and Class", *Sexualities*, 14(1), 2011, pp. 3-11.

Timmer, Alexandra, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights," *Human Rights Law Review*, 11, 2011, pp. 707-738.

Turk, Austin T., "Law as weapon in Social Conflict", *Social Problems*, 23, 1976, 276-291.

Ventura, Isabel, *Medusa no Palácio da Justiça ou Uma História da Violação Sexual*, Lisboa, Tinta da China, 2018.

West, Robin, “Jurisprudence and gender”, *University Chicago Law Review*, 55 (1), 1988.